

Disputatio Juridica,
DE
CONCUBINIS.

QUAM

Favente Numine,

Ex Auctoritate, Clarissimi ac Consultissimi Viri,
D. D. ROBERTI BENNET,
Inclytæ Facultatis Juridicæ DECANI:

Nec non

Ex ejusdem *Facultatis Juridicæ* Consensu &
Decreto, pro *Advocati* munere consequendo
Publicæ Disquisitioni subjicit.

JOANNES ELPHINSTONE, Auth. & Resp.
Ad Diem Febr. H. L. 2. S.

EDINBURGH,

Ex Officinâ Typographicâ Hæredum *Andree Anderson,*
Anno DOM. M. DC. XCIX.

COPIED

10

2111

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

10

ILLUSTRISSIMO, PERHONORIFICO AC CONSULTISSIMO
DOMINO,

D. HUGONI DALRYMPLE
a Northberwick,
Equiti Baroneto.

SUPREMÆ CURIÆ FORENSIS PRÆSIDI CONSUMMA-
TISSIMO,

AC
SECRETIORIS CONCILII DOMINO INTEGRISSIMO.

Hanc dissertatiunculam in debiti
honoris & obsequii tesseram:

D. D. 2

Joannes Elphinstone.

A 2 Disputatio

CONSTITUTIONAL AND CONSTITUTIONAL
BOARD

THE BOARD OF AGRICULTURE

and

THE BOARD OF AGRICULTURE

AMMUNITION AND CONSUMABLES

COMMISSIONER OF AGRICULTURE

in the Department of Agriculture
and Forestry

P. D. 3

of Agriculture

As
Distribution

Disputatio Juridica,

DE CONCUBINIS.

Prooemium.

Postquam morti obnoxium redditum fuerat genus humanum, ne aut nova semper stirps creando esset sufficiens, aut tam nobilis speciei duratio unius ætatis spatio extingueretur, sapientissimus creator prospexerat discrimine sexus & naturali facultate indita commixtis corporibus sese propagandi. Idque ne fortasse per incuriam, aut ob molestias partus aut educationis mortales omitterent, mutuam sexuum in se invicem propensionem, & acres stimulos, simul ardentissimum in prolem affectum iniecit, ut libenter & jucunde obirent, citra quod mortalium genus perdurare non poterat. Sed præterea conditionem humanæ naturæ penitus rimanti, non obscure patebit, haud quidquam congruere, genus humanum per concubitus vagos, ac lege solutos propagari. Quid enim rixarum fuisset oriturum inter mares circa formosas foeminarum? Quam porro ad propagandam speciem inepta ista plurium seminum confusio? Magna insuper prægnantis foeminae imbecillitas & alieni auxilii indigentia. Sed quis marium operam ferat, nisi ex se pregnantem norit; quod inter vagos concubitus sciri vix potest. Proles humanæ educatio laboriosa simul & sumtuosa, cuique foemina unica vix sufficiat. Quis autem marium nisi suæ prolis curam suscipiat. Ex quibus patet vagos concubitus humano generi

generi propagando neutiquam sufficere, sed strictiorem maris & foeminae conjunctionem requiri. Cujus duae sunt species Nuptiae & Concubinatus. Nam Concubinatus nostro jure conjugium inaequale, & semimatrimonium, & Uxorem imitari dicitur Concubina, Et haec ab illa non nisi dignitate & honestate distinguitur. Concubina igitur quae statim apud plerumque pessime audiebatur (unde recte satis eam Aesopi Camelo comparabimus, qui cum terribilis appareret hominibus, illum pertimescebant, cum tamen semel appropinquassent, mansuetus admodum ac maximae utilitatis inveniebatur) Viceconjugis jam est, nec adeo odiosa apparet. Videamus ergo quo jure sit permissus concubinatus. An jure Naturae, Gentium, Canonico & tandem quonam erant loco apud Romanos, Qui eas habere potuere, necnon quae in concubinato fuere, & differentias inter uxorem & concubinam, & quomodo haec differat a pellice & meretrice, sit itaque.

T H E S I S. I.

Jure naturae videtur concubinatum verum ac ratum esse conjugium, etsi effectibus quibusdam propriis juris civilis privetur, aut si effectus quosdam naturales impedimento juris civilis amittat. aut etiam si sit aliquod inter concubinas & justas uxores discrimen, inquit Puffend. l. 6. c. 1. §. 36. *Haec omnia vel per jus positivum, aut pactis singulorum esse introducta. Nam discrimina generis jure positivo sunt constituta; & principali pacto matrimonii a sponsis pro arbitrio adjici possunt, quae ejusdem naturam non evertunt.* Et revera cum pacta talia accedant, propter inaequalitatem conditionis vel generis vel alias ob rationes, non solummodo naturae videtur consentaneum tale conjugium, sed etiam ab ea aequalitatem imperante induci. Nec video quin cum eo omni ratione affirmemus uti leges civiles alios quoque contractus certis solennibus ac ritibus vestire solent, qui ubi abfuerint, iidem in foro civili pro invalidis censentur; ita & matrimonio talia quaedam in civitatibus nonnullis deprehendi adjuncta, ut si illa abfuerint, pro legitimo idem non habeatur, aut saltem quibusdam effectibus in foro civili careat, adeo ut videtur, Legislatorem solennia requirendo, propriam matrimonii statuisset naturam; quae tamen semel imperata, ipso jure naturae cogente, observanda sunt.

Quod & secundum disciplinam Ebraeorum jure naturæ obtinuit; Nam parva vel minima apud Noachidas, ante jus positivum inter uxorem & concubinam intercedebat differentia; nam uxoris nomine utraque comprehendebatur; ut apud Philonem, *Etiam Nachor Abrahæ frater duas habuit uxores, Justam & Concubinam, &c.* Et *August. de Civ. Dei, l. 16. c. 34. de Cethura & Hagar verba faciens Ambæ uxores Abrahæ & Concubinae appellatae sunt, &c.* Ex quibus concludit Seldenus *l. 5. c. 7. de Jure Naturæ, &c.* quod Concubinatus tunc nuptiæ erant, & Concubina etiam uxor habita. Et præterea dicit quod & uxor & concubina eodem modo fiebant, nempe consensu concubitu firmato, & in vitæ consuetudinem acceptione: & quod eodem modo dimittebantur, cum & matrimonium pro alterutrius voluntate solvendum esset; nec leviori divortii genere disjungi possit Concubina.

III.

Moribus omnium fere gentium confirmatur Noachidarum opinio, sc. quod parva vel minima inter Concubinam & uxorem erat differentia; Quod vel ex eo patet, quid ubi plures uxores ibi & plures concubinas, ubi unicam tantum uxorem, ibi & unam solummodo concubinam habere liceret. Primum confirmatur moribus Mahumedanorum, nec non omnium tere Orientalium, Ut *Bnsb. Epist. 1. de Mahumedanis: Cujus rei memoria sequentes imperatores a ducendis uxoribus sese abstinnerunt, & paulo post neque verò minus honoris Turcæ deferunt natis ex concubinis, quam ex uxoribus; neque illi minus in bona paterna juris habent.* Posterius confirmatur ex eo quod non solum ante Evangelium Civiliores Europæ gentes hoc jure utebantur, ut testatur *Sext. Emp: &c. Caesar de bello Gallico, l. 6.* Sed & post id receptum idem jus sequebantur. uti *Aug. de fide & operibus* nos docet Concubina quoque si professa fuerit nullum se alium cognituram, etiamsi ab illo cui subdita est dimittatur, merito dubitatur utrum ad baptismum suscipiendum non debeat admitti. Sed de hoc in *Th. sequente.* Innumera potuere adduci omnium ferè sæculorum exempla. Imo & hodie nimium frequentantur hujusce generis cohabitatiores

tiones, ut apud *Italos & Gallos* avec leur mariage de conscience. quod huc inclinare videtur. Sed quamvis de facto exerceantur, neutiquam asseruerim & ego quod jure hodierno obviarent. Quamvis non desint qui huic opinioni patrocinentur, eo argumento, quod hodie dentur legitimations per subsequens matrimonium, & revera nulli exceptis naturalibus sic legitimentur, cui occurrere vult *Bachovius* dicendo dari hodie non vere naturales, sed qui pro talibus quoad effectum legitimations habeantur: veluti sunt quaedam feminae non vere concubinae, sed quae tamen, quia corpus non vulgarunt, itidem quoad hunc effectum, concubinarum vice habentur: viz. Ut non toleretur Concubinatus, sed si quis forte extra conjugium ex femina aliqua quae cum ipso solo consuevit, sustulerit prolem, haec contracto postea matrimonio legitima efficiatur.

I V.

Num jure canonico Concubinatus sit permissus, non bene inter se conveniunt Doctores. Nam hinc inde se sistunt clarissimi utriusque juris interpretes. Sed cum maximae sit consequentiae respectu eorum quorum conscientia & Jus Canonicum à pari procedunt, paulo strictius inquiramus. Nobis ergo videtur praefenda affirmantium opinio propter textus expressos, C. 4. & 5. dist. 34. & verba Consilii Tolletani. *Si quis habens uxorem fidelis concubinam, non communicet: ceterum qui non habet uxorem & prouore concubinam habet, a Communionem non repellatur, tamen ut unius mulieris aut uxoris aut concubinae, ut ei placuerit, sit conjunctione contentus.* Sed dicunt contrariae sententiae fautores, quod per Concubinam intelligatur Uxor quae propter defectum solennitatum externarum pro vera uxore non habeatur. Quam interpretationem callidam esse cum *Rittershusio* puto, qua vocabulo Concubina vis infertur, & praeterea concludit ille, l. 2. c. 17. de differ: juris civ. & can. Concubinatum jure pontificio non esse sublatum, sed potius diversas & pugnantes de eadem re sententias in id relatas inveniri, quod in decreto Gratiani novum non est. Sed habetur in cap. 4. Caus. 32. q. 4. *Quicquid in ea qua legitima uxor non est, admissum fuerit, adulterii crimine damnatur: nulli licet scire mulierem praeter uxorem.* Sed *Ambrosius* hic loquitur de marito cum soluta, rem habente, & tacite quasi improbat leges civiles, quae hic inter maritum & uxorem differentiam faciunt.

Concubinatus est, cum vir cælebs mulieri liberæ affectu non conjugali cohabitatur: Adeo ut ex sola animi destinatione concubina vel uxor sit. *l. 4. ff. h. t.* Et *l. 31. ff. de donationibus* dicit Papin: Si queratur an maritalis honor intercesserit, personis comparatis vitæ conjunctiæ, perpendendum esse: neque enim tabulas facere matrimonium Et non nisi dignitate & honestate seu honore a legitima distinguiatur uxor. *l. 4. §. 1. ff. de R. N.* Unde in concubinato plerumque fuerunt inferioris conditionis feminae, quamvis in dubio iusta potius uxor, quam concubina præsumatur.

V I.

Concubinatus & jure civili antiquo & Justinianæo, permittebatur. Quod veteri extra dubium ponunt *P. T. ff. de ci. h. t.* Nam in *l. 3.* dicit *Marcianus*, Quia concubinatus per leges nomen assumptum, extra legis penam est. Et dicitur Concubina aliquando honeste vivere, ut habetur *l. 4. ff. de R. N.* Eam quæ se in alterius quam patroni concubinatum dedit, matrisfamilias honestatem non retinere: Jam honestas sola, non aut nuptiæ aut natales matremfamilias faciunt, ut bene observat *Cujacius observ. lib. 3. c. 18*: Quod jure Justinianæo evincunt tot ejus constitutiones, *l. 8. §. sequentes, C. de naturalibus liberis. Novella 18. c. 5. & Nov. 74. 89.* Nec obstant Novellæ *14. 51.* ut vult *Forst.*

V I I.

In definitione habetur vir Cælebs, quod quidem obtinet jure Justinianæo, sed & an maritus concubinam habere potuit jure veteri, quæri potest. Difficilis sane questio, tam ob Doctores dissentientes quam leges contrariantes. Sed mihi arridet opinio affirmantium id jure antiquo licitum fuisse. Quia in *l. 3. ff. h. t.* habetur *Adulterium per concubinam non committi*, quæ de redubitari non poterat, nisi in eo qui uxorem haberet. Et in *l. 121. §. 1. de V. Oblig* Mulier ab eo cuius in matrimonio conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinæ, tempore matrimonii consuetudinem repetisset. Nec multum me movit, *l. ult. in fine de devortiis*: Quia lex de libertarum di-

vortio agit, quas patronus in matrimonio tantisper habere judicatur; ad quæ divortia perficienda, vel tenuis intellectus nolentis nuptam, sufficit, nec verborum formula, nec septem testium contestatio requiritur, sed mutatio animi, vel aliam appetendo, vel concubinam adhibendo,

VIII.

Sed quid sibi volunt verba *Pauli. l. sent. 2. tit. 20. Eo tempore quo quis uxorem habet, Concubinam habere non potest, Concubina igitur ab uxore solo delicto separatur.* Credo posteriorem sententiam demonstrare priorem sine negatione legendam esse. Nam quis sensus ex voce igitur potest elici, siue solo delicto, siue cum *Cujacio* solo delectu legamus? Sed si ita legere velitis. Qui uxorem habet, potest & Concubinam adjungere, uxorem vero non potest. Quid igitur interest inter uxorem & concubinam adjungere? Hoc unum tantum, quod in uxore adjungenda delictum est, in concubina vero non; jam sensus horum verborum, *Concubina Igitur* erit aptissimus. Adjuncta igitur concubina ab uxore adjuncta solo delicto separatur. Alioqui falsum esset delictum esse, si quis concubinam habeat ut ex *Thesi* precedente patet. Et si solo delectu legamus æque aptus est sensus; nempe quod solus delectus siue animi destinatio discernit uxoris a concubinæ adjunctione, *l. 4. h. t.*

IX.

Concubinæ vel libertæ, ingenuæ, vel servæ fuere. Libertæ suis patronis plerumque se in concubinatum dabant, & etiam iis invitis se dare in concubinatum alteri poterant; non autem alteri patrono, *l. ff. h. t. Quæ in concubinatu est ab invito patrono poterit discedere, & alteri se aut in matrimonium aut in concubinatum dare. Ego quidem probe, in concubina adimendum ei connubium, si patronum invitum deserat.* Et sic quod initio generaliter dictum, postea restringitur ad Concubinatum. Nec hic ulla est pugna, nec prior pars adulterina ut quidam putant. Ex qua *l. patet* connubium concubinæ patronum deserentis omnibus esse interdictum, ut ejus concubinatum patrono alteri, ex *l. ult. ff. de devortio in fine princ.* Quare cuicumque nupserit pro non nupta habebitur: *Julianus* quidem amplius putat, nec in concubinatu eam alterius patroni esse posse.

X.

Ingenuarum quoque Concubinatus erat quatuor tantum ut re-
perio casibus, Ut si 1. Obscuro loco nata esset, & hoc in casu
inæqualitas patet, quæ inæquali huic conjugio occasionem præbet.
2. Si corpore quæstum fecerit. 3. Si testatio ea de re interposita
sit, aliter non conceditur, *l. 3: h. t. med.* hoc in casu videtur inæ-
qualitatem ex pacto procedere, Et 4. Si mulier adulterii crimine
damnata sit, *l. 1: & 3. h. t. sæpe allegatis.*

XI.

De Ancillis autem dubitari potest, eo quod satis constat, usum om-
nium ancillarum suis dominis licitum permissumque fuisse. Sed tamen
eas aliquando concubinas fuisse patet ex *l. penult. ff. de rebus autho-
ritate judicis possidendis ubi bonis venditis excipiuntur concubinae &
liberi naturales. l. 8. ff. de de pignoribus, & l. ult. c. Communia de
Manumissionibus* ubi eadem verba habentur.

XII.

Quamvis Concubinatus inæquale conjugium & semimatrimonium;
& Concubina vice conjux & uxorem imitari dicatur nostro ju-
re: Et quamvis sancitum reperiamus, quod 'sicut quis legitimæ
uxori conjunctus alias superinducere non poterit, ita quoq; alias
concubinas priori superinducere, & multitudinem concubinarum
fornicantium habere non licet, sed hæc confusa seu effusa concupis-
centia, uri vocatur, prohibita est: *Nov. 18. c. 5: post medium:* Et
dicit Imper: de multas concubinas relinquente, *Nov. 89: c. 11: §:
5: Odibitis quidem nobis est iste talis: procul autem omnibus modis
ab hac l. expellatur.*

XIII.

Plures nihilominus inter Concubinas & uxores supersunt diffe-
rentiæ. Quarum 1. Est quod uxor justorum liberorum quærendo-
rum causa, ut ait Demosth. τὴ παίδοποιεῖσθαι γυναικί: Concubina vero
voluptatis aut cultus corporis duntaxat gratia, asciscatur. Nam cul-
tus causa asciscuntur quinquagenariæ & sexagenariæ, *l. 1. h. t. ff.*

Ex qua etiam procedit. 2. Quod in concubinato ætas non attendatur, si major 12 annis sit, aliter in uxore ex l. Papia Popæa. 3. Desumitur ex l. ult. ff. h. t. Nempe provincialem Magistratum ex sua provincia concubinam habere posse, non autem uxorem, l. 3. ff. de R. N. 4. Est cum donationes inter virum & uxorem non valeant ut T. T. de Donat. inter V. & Uxo. quæ in concubinam collatæ sunt, revocari non possunt: nec si matrimonium postea sit contractum ad irritum recidit, l. 31. de Donationibus, & l. 5. de Don. inter virum & uxorem. 5. Denique est quod uxor forum domiciliumq; mariti sequatur, l. 65. ff. De Judicis Concubina vero nequaquam l. 27. ff. Ad municipales & incolas.

X I V.

Nec omittere possum quod ex Concubina nati liberi, nec iusti nec in potestate patris sint; nam per legitimationem per subsequens matrimonium legitimi solummodo fiant. De naturalibus liberis variae sunt satis elegantes questiones ut quonam tempore nomen naturalium legislationi Romanæ curæ fuit; & an per legitimationem filii legitimentur & Nepotes, &c. Sed omnia hæc ad nostrum titulum nullomodo pertinent.

X V.

In quibus a pellice Concubina nostra differat, dicendum. Sed quid per pellicem sit intelligendum primo videamus. In l. 144. de V. S. Nunc pro concubina, nunc pro ea quæ cum marito corpus miscebat, sumitur: Sed quod hæc vox jam sit specialior & inhonestior, ad præsentis sæculi jurisconsultos & recentiores linguæ latinæ autores referendum est: sive consideremus Græcos, a quibus cum Gellio credo hanc vocem deductam esse, scil. vel a παλλαξ Juvenis, vel παλλάσσω irrigo, vel ἀπο τῆ παλλειν, vibrando, quod proprie Juvenum est, & secundum hos significatio vocis generalis est. Sive Latinos, qui eam a pellendo derivant: & hæc derivatio ostendit, quod apud veteres generaliter accipi potuerat, tam pro ea quæ cælebi, quia cum ab uxore ducenda pellat, quam pro ea, quæ marito cohabitat, quia cum quasi ab uxore pellat. Quam opinionem confirmat Gellius l. 3. c. 4. *Non omnem pellicem probrosam, sed eam tantum esse habitam, quæ juncta*

juncta consuetudine esset cum eo, in cujus manu mancipioque alia matrimonii causa foret. Tamen hodie pro ea tantum pellex habetur, quæ cum marito corpus miscet. Concubina igitur hodie multo est pellice honestior. Concubina sola cum liberis vocatur ad unciam ex l. 2. C. de naturalibus liberis. Quod in natis ex pellice non habere locum recte existimat Gostal. ad l. 1. h. t. & c.

X V I.

Jam ostendenda essent inter concubinam & meretricem differentia: hæc a merendo nomen assumit, quod mercede suam exerceat militiam, ut ait Valla. Meretrix autem non est quæ cum uno aut altero, etiam pecunia accepta, se commiscet, sed quæ palam & pluribus se prostituit ut dicit Aug. cap. 11. can. 32. q. 4. & c. 16. dist. 34. dicit Hieron. Meretrix est quæ multorum libidini patet, ubi addit Glosa quæ admiserit plures 23000 hominum. Alii putant 60 sufficere. Sed puto ego quod arbitrio boni viri relinquendum sit. Sed cum ista ab Imperatoribus legibus excludatur arg. l. 22. de adulteriis C. & l. 29 habetur in fine, *Hæ autem immunes a judiciaria severitate, & stupri & adulterii præstentur, quas vitæ vilitas dignas legum observatione non credidit.* Cumque omni jure odiosa sit ut Proverb. c. 5. ulteriorem cum concubina omni jure permessa ante Evangelii lumen (quod strictiorem conjunctionem sive matrimonium requirit) comparisonem facere non est operæ prætium.

X V I I.

Antequam titulo nostro finem imponam, licet Coronidis loco consilium juvenibus conferre, nempe cum vitæ consortem difficile invenire non sit, ut dicit Imp. Leo Nov. 91. ut matrimonium contrahant, quod tutissimum juventutis est vinculum ut dicit Harprecht. ad §. 1. Inst. de Patria potestate. Sed præcipue cum jam clare constat matrimonium præ omnibus conjunctionibus Deo esse gratissimum, & præcipue cum moribus & etiam nostro jure civ. multo sit omni alterâ conjunctione honestius: Nec ulla res est, in quam legislatores, juris singularis beneficia tam liberaliter contulerint, atque hæc matrimonialis: omnem captantes occasionem, ut huic sacro sancto contractui nihil obstaret, ut loquitur Olden.

COROLLARIA

C O R O L L A R I A

Possessionem bonorum dare esse actum Jurisdictionis.

II.

Puto distinctionem Procuratoris universorum bonorum, & omnium bonorum cum libera admittendam esse.

III.

Dolus dans causam bonæ fidei contractui, eum reddit ipso jure nullum.

IV.

Debitorem exceptionem pecuniæ non numeratæ post biennium opponere non posse, quamvis ultro probationem offerat.

V.

Pactum de inequalibus lucri & damni partibus inter socios valere, quamvis equalis sit opera & pecuniæ collatio.

VI.

In Emptorem hereditatis jus accrescendi non transit.

VII.

Jus offerendi debiti, luendique pignoris præscribi longissimo tempore sive 30 vel 40 annis.

VIII.

Donatorem propter liberorum supervenientiam donationem revocare non posse.

IX.

Ad famem sedandam cibaria auferens in conscientia furti reatum non incurrit.

X.

Mandator vulneris de cæde subsequuta non tenetur.

F I N I S.

